



**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL  
OVIEDO**

SENTENCIA: 00106/2023

**T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL DE OVIEDO**

C/ SAN JUAN N° 10  
Tfno: 985 22 81 82  
Fax: 985 20 06 59  
Correo electrónico:  
NIG: 33044 44 4 2021 0005654  
Equipo/usuario: MGZ  
Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0002389 /2022**

Procedimiento origen: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000944 /2021  
Sobre: FIJEZA LABORAL

RECURRENTE/S D/ña  
ABOGADO/A:

RECURRIDO/S D/ña: AYUNTAMIENTO DE SIERO  
ABOGADO/A: LETRADO AYUNTAMIENTO  
PROCURADOR:

**Sentencia nº 106/23**

En OVIEDO, a treinta y uno de enero de dos mil veintitrés.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Iltmos Sres D. JESUS MARIA MARTIN MORILLO, Presidente, D<sup>a</sup>. MARIA VIDAU ARGÜELLES, D<sup>a</sup>. MARIA CRISTINA GARCIA FERNANDEZ y D<sup>a</sup>. LAURA GARCIA-MONGE PIZARRO, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**  
**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**  
**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el RECURSO SUPPLICACION 0002389/2022, formalizado por el Letrado D , en nombre y representación de , contra la sentencia número 432/2022 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de OVIEDO en el PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000944/2021, seguidos a instancia de



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS

Firmado por: MARIA CRISTINA GARCIA  
FERNANDEZ  
31/01/2023 10:19

Firmado por: LAURA GARCIA-MONGE  
PIZARRO  
31/01/2023 12:48

Firmado por: MARIA VIDAU ARGUELLES  
31/01/2023 13:58

Firmado por: JESUS MARIA MARTIN  
MORILLO  
01/02/2023 09:25

frente a AYUNTAMIENTO DE SIERO,  
siendo Magistrada-Ponente la **Ilma Sra D<sup>a</sup> MARIA CRISTINA GARCIA  
FERNANDEZ**.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D<sup>a</sup> presentó demanda contra AYUNTAMIENTO DE SIERO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 432/2022, de fecha veintiséis de septiembre de dos mil veintidós.

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

**"PRIMERO.-** La actora presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de AYUNTAMIENTO DE SIERO en virtud de contrato de trabajo de duración determinada en la modalidad de obra o servicio suscrito en fecha 7 de julio de 2006 con la categoría de Trabajadora social a jornada completa con inicio de la relación laboral desde el 18 de julio de 2006 hasta fin de servicio. El objeto del contrato se especifica en el Cláusula sexta que indica : La realización de la obra os envicio Atención de los Servicios Sociales Generales teniendo dicha obra autonomía y sustantividad.

**SEGUNDO.-** La actora ha prestado servicios en el Ayuntamiento de Siero de forma continuada desde el 18 de julio de 2006, con la excepción de dos excelencias por cuidado de hijos menores en los periodos de 19 de agosto de 2012 al 31 de diciembre de 2012 y desde el 21 de diciembre de 2016 al 30 de enero de 2017.

**TERCERO.-** En la relación laboral resulta de aplicación el Convenio Colectivo de Siero.

**CUARTO.-** El Ayuntamiento de Siero en sesión ordinaria celebrada el día 26 de mayo de 2022 adoptó Expediente 1061600KE. Propuesta de modificación de la relación de puestos de trabajo previa a la aprobación de ofertas de empleo derivadas de la Ley 20/21 de 28 de diciembre de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Su contenido se da por reproducido en este punto.

**QUINTO.-**El Ayuntamiento de Siero en sesión ordinaria celebrada el día 30 de junio de 2022 adoptó Expediente PRE16000L Modificación de la plantilla del personal y modificación de crédito n°12/2022.

**SEXTO.-**Se formula la presente demanda en fecha 29 de diciembre de 2021.

**SÉPTIMO.-** La actora no ostenta la cualidad de representante legal de los trabajadores.”

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

“Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación legal de frente a AYUNTAMIENTO DE SIERO debo declarar y declaro el derecho de la actora de ostentar la condición de trabajadora indefinida no fija del Ayuntamiento de Siero, en categoría de Trabajadora social con el reconocimiento de una antigüedad de 18 de julio de 2006, con absolución del resto de los pedimentos de adverso formulados.”

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 18 de noviembre de 2022.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 19 de enero de 2022 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda y declaró que la relación laboral que vincula a las partes es de naturaleza indefinida no fija, con la categoría profesional de Trabajadora Social, desestimando el reconocimiento del carácter de fijo y la indemnización interesada en concepto de daños y perjuicios.

Recorre en suplicación la actora al amparo de los artículos 193. b y c) de la LJS, que es impugnado por el Ayuntamiento de Siero.

Conforme con el artículo 193.b) de la LJS interesa la adición de un hecho probado nuevo, el 1º bis, con el siguiente texto: “Con carácter previo a su contratación temporal por parte del Ayuntamiento de Siero, la demandante aprobó sin lograr plaza, las pruebas selectivas (concurso - oposición) convocadas mediante anuncio de 13 de noviembre de 2003 para la



contratación laboral temporal de un Diplomado en Trabajo Social.”

Lo sostiene en el documento nº 27 del ramo de prueba de la demandada, que es el expediente administrativo nº 56/03 sobre dicho proceso de selección, en especial las páginas 65 a 71 en el que figuran las Bases del proceso, y las páginas 519 y ss en las que figuran las calificaciones definitivas.

Tiene por finalidad, según la recurrente, hacer constar que accedió a la contratación tras la superación de un proceso selectivo respetuoso con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Lo impugna el Ayuntamiento de Siero porque se vulneran los principios generales del recurso dado que de la documental indicada no resulta que la recurrente aprobara sin plaza porque el proceso selectivo no se convocó para la cobertura definitiva de ninguna plaza del Ayuntamiento sino para la contratación temporal de un Diplomado en Trabajo Social.

Las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica son:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada, sino que la misma debe operar sobre la prueba documental alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (SSTS 16 de diciembre de 1967, 18 y 27 de marzo de 1968, 8 y 30 de junio de 1978, 6 de mayo de 1985 y 5 de junio de 1995).

3º) En el supuesto de documento o documentos contradictorios y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de febrero, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTS 10 de marzo de 1980, 30 de octubre de 1991, 22 de mayo y 16 de diciembre de 1993 y 10 de marzo de 1994).



4º) La revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental pública o privada en el sentido ya expuesto, y la pericial (artículo 193.b) de la LJS).

5º) Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida.

Para que prospere la revisión fáctica se requiere: 1º.- Que se citen documentos concretos de los que obren en autos que demuestren de manera directa y evidente la equivocación del juzgador, cuando tales pruebas no resulten contradichas por otros elementos probatorios unidos al proceso. 2º.- En segundo lugar, que se señale por la parte recurrente el punto específico del contenido de cada documento que ponga de relieve el error denunciado. 3º.- Que la modificación propuesta incida sobre la solución del litigio, esto es, que sea capaz de alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida. 4º.- que se identifiquen de manera concreta los hechos probados cuya revisión se pretende, para modificarlos, suprimirlos o adicionarlos con extremos nuevos, y al mismo tiempo ha de proponerse la redacción definitiva para los hechos modificados. 5º.- que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables. ; 6º.- que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso pues la revisión debe operar sobre la prueba documental y pericial alegada que demuestre patentemente el error de hecho.

En el presente caso el nuevo hecho que quiere introducir en base al expediente administrativo(epígrafe 26), data del año 2003 teniendo en cuenta que esa plaza de trabajador temporal convocada tenía como finalidad la contratación de un Diplomado en Trabajo Social para el desarrollo del programa de Ingreso Mínimo de Inserción vinculado a la subvención de los convenios con el Principado de Asturias que determinarían la retribución dado que queda fuera del ámbito del convenio colectivo del Ayuntamiento de Siero, sin que la recurrente justifique la relación de ese proceso con su contratación en el que el objeto es otro, lo que llevaría a la inadmisión por ser intrascendente.

Por otro lado es un hecho nuevo no alegado en la demanda porque en ella se refiere a que accedió a su contrato mediante un proceso selectivo que cumple con los principios generales

sin otra precisión, y argumentando que se trata de un puesto estructural que carece de autonomía, analizando los requisitos generales del contrato temporal de obra a la vista de la jurisprudencia y alegando que la transformación de la relación laboral temporal en indefinida no fija no es sanción suficiente para la Administración incumplidora a la vista de la jurisprudencia europea. Por todo ello no procede la estimación del motivo.

**SEGUNDO.-** La recurrente alega, al amparo del artículo 193.c) de la LJS la infracción de los artículos 15.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, el art. 103.3 de la CE en relación con el art. 55.1 del EBEP, de las cláusulas 1ª y 5ª de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, en relación con la jurisprudencia concordante al efecto porque al quedar acreditado el fraude y abuso en la relación laboral temporal debe calificarse la relación como fija por haber superado un proceso selectivo respetuoso con los principios constitucionales de igualdad mérito y capacidad, así como con los de publicidad y libre concurrencia como exige el artículo 61.7 del Estatuto Básico del Empleado Público y como sanción al fraude prevista en el artículo 15.3 del Estatuto de los trabajadores en relación con los artículos 2, 8 y 9 del RD 2720/1998, de 18 de diciembre que desarrolla el artículo 15 del Estatuto en materia de contratos de duración determinada, teniendo en cuenta la prestación de servicios ininterrumpida durante más de 16 años en una plaza estructural del Ayuntamiento de Siero.

Entiende que los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público no se ven conculcados por el reconocimiento de la fijeza como sanción disuasoria ante el fraude y abuso en la contratación temporal, sino por el proceder generalizado de las distintas administraciones que mantienen indefinidamente en una situación precaria a buena parte de su personal cubriendo plazas estructurales mediante vinculaciones temporales, demorando injustificadamente su cobertura estable y vulnerando de este modo tanto los derechos del personal directamente afectados como los de la ciudadanía en general, que se ve privada o ve muy seriamente restringida, la posibilidad de acceder en términos de igualdad a puestos en la función pública. Continúa diciendo que la calificación como indefinido no fijo no es una medida sancionadora suficiente por su propia naturaleza. Se refiere a la sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 (asunto C-760/18 Dimos Agiou Nikolaou).



Subsidiariamente, en relación con la petición de indemnización por daños y perjuicios aparejada a la declaración de indefinido no fijo, alude a la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 en cuanto que el reconocimiento de la condición de indefinido debe llevar aparejado el abono de una indemnización significativa, de modo que la Directiva alcance su efecto útil mediante una sanción que resulte efectiva y disuasoria si no se reconoce la fijeza. Los parámetros a tener en cuenta para la valoración son el perjuicio que para la estabilidad familiar y personal supone el mantenimiento de una situación de temporalidad tan prolongada. La condición de interino durante un periodo tan prolongado produce un indudable daño sobre el desarrollo profesional de la trabajadora, así como sobre su derecho a la formación y la movilidad. La demandante no ha podido participar en concursos de traslados, de movilidad, de promoción interna, no puede solicitar una excedencia, no puede formar parte de tribunales selectivos, etc. Es evidente que relaciones de duración determinada tan prolongadas también suponen un riesgo para la seguridad y salud puesto que la absoluta incerteza e inseguridad acerca del futuro profesional genera ansiedad y preocupación continúa. En definitiva, los daños y perjuicios profesionales, económicos y morales causados a la trabajadora son numerosos y significativos aunque de difícil cuantificación, alegando jurisprudencia sobre la utilización como referencia a estos efectos, de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social que en su artículo 7.2 tipifica como infracción grave la transgresión de la normativa sobre las modalidades contractuales, en relación con el artículo 40.1 de la citada norma y finaliza suplicando la declaración de la recurrente como personal laboral fijo del Ayuntamiento de Siero, con categoría profesional de Trabajadora Social y antigüedad a efectos extintivos desde el 18 de julio de 2006; subsidiariamente el reconocimiento como trabajador indefinido no fijo, con el derecho a la percepción de una indemnización por daños y perjuicios por el fraude en la contratación por importe de 6.250€.

Lo impugna el Ayuntamiento de Siero en base a la jurisprudencia que interpreta el fraude en la contratación en relación con la jurisprudencia europea, y teniendo en cuenta también la superación de una prueba selectiva (TS de 28 de junio de 2021(r. n° 3263/19) y de 25 de noviembre de 2021(r. n° 2337/20). En relación con la indemnización, tras renunciar al importe equivalente a la indemnización por despido improcedente, niega que en los hechos que se declaran probados consten perjuicios o daños, lo que obligaría a una nueva valoración de la prueba contraviniendo el artículo 97.2 de la LJS, y alude a la sentencia del TS de 24 de junio de 2009( r.



nº 3412/2008), sin que consten los hechos en los que en el recurso fundamenta su derecho, suplicando la desestimación del recurso con condena en costas de las generadas en el recurso, a la recurrente.

**TERCERO.-** En relación con la censura realizada se hace preciso recordar que el recurso de suplicación no es una apelación o segunda instancia, sino un recurso extraordinario sujeto a motivos tasados de suerte que, en relación con los basados en el apartado c) del Art. 193 de la LRJS, que se destinan a la impugnación del fallo por error in iudicando, el recurrente tiene la carga de: a) citar debidamente el precepto o preceptos sustantivos y en su caso la jurisprudencia que, a su juicio, han sido vulnerados por el fallo de la sentencia, articulando motivos separados para cada precepto o grupo de preceptos que guarden unidad temática; b) y además razonar la pertinencia y fundamentación de los motivos (Art. 196.2 de la LRJS ), lo cual exige argumentar la conexión entre el contenido normativo de las normas o jurisprudencia citadas y el litigio, mostrando cómo su correcta aplicación debería haber llevado a dar distinta solución al debate. Incluso declara la jurisprudencia que no basta que el recurso cite la disposición legal conculcada si contiene diversos artículos, sino que es preciso que se señale el específico precepto que se entiende vulnerado, y si el precepto contiene varios apartados resulta igualmente indispensable señalar expresamente cuál de ellos se reputa infringido.

Así mismo es de destacar que la respuesta a la crítica jurídica exige partir del relato fáctico de la sentencia combatida, lo que supone que no pueden ser tenidos en cuenta hechos o datos fácticos que alegados por la parte recurrente en el motivo, no se encuentran sin embargo incluidos entre los que se declaran probados por el Juzgador de instancia en dicho relato fáctico, y que por lo tanto no pueden tener trascendencia alguna a los fines del recurso.

Se declara probado que la recurrente concertó con el Ayuntamiento de Siero un contrato de trabajo de duración determinada, en la modalidad de obra o servicio, el 7 de julio de 2006, con la categoría profesional de Trabajadora Social, con inicio de la prestación el 18 del mismo mes, siendo el objeto del contrato "la realización de la obra o servicios Atención de los Servicios Sociales Generales". Prestó servicio de manera continuada en jornada completa, salvo dos periodos de excedencia por cuidado de hijos menores entre el 19 de agosto y el 31 de diciembre de 2012 y desde el 21 de diciembre de 2016 y el 30 de enero de 2017, aplicando a la relación laboral el convenio colectivo del Ayuntamiento de Siero

La sentencia de instancia apreció fraude en la contratación porque el objeto de contrato no tenía autonomía ni sustantividad sino que era estructural, infringiendo lo dispuesto en el artículo 15.5 del Estatuto de los trabajadores, y declaró que la relación laboral que vinculaba a las partes era indefinida no fija.

El argumento del recurso es que debe reconocerse la naturaleza fija de la relación laboral por haber superado un proceso selectivo que garantiza el cumplimiento de los principios generales de acceso al empleo público y porque conforme con la jurisprudencia europea, no es sanción suficiente para la actitud de la Administración, el reconocimiento como indefinido no fijo, entendiéndose vulnerado no sólo dicha jurisprudencia sino las disposiciones legales invocadas. Esto en lo que se refiere a la naturaleza de la relación laboral.

El artículo 15.3 del Estatuto de los trabajadores vigente hasta la última modificación introducida por RD-Ley 31/2021, de 28 de diciembre que es aplicable a las relaciones laborales que se celebren a partir del 31 de marzo de 2022 no en el presente caso, sancionaba los contratos temporales en fraude de ley con la presunción de que se habían celebrado por tiempo indefinido.

A ello se une la jurisprudencia reiterada sobre la vinculación de los trabajadores con la Administración como recoge, entre otras la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2021 (rcud nº 4280/20) que insiste en los pronunciamientos previos que calificaron la misma como indefinida no fija y razona: *"La relación laboral indefinida no fija, como hemos mantenido en múltiples sentencias, por todas STS 9 de septiembre de 2021, rcud. 1313/12, tiene como finalidad salvaguardar los principios que deben observarse en el acceso al empleo público (no solo a la función pública) a fin de evitar que el personal laboral temporal contratado irregularmente por una entidad del sector público adquiera la condición de trabajador fijo en el puesto que venía desempeñando. Para impedirlo, su condición pasa a ser la de trabajador contratado por tiempo indefinido con derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice. Dicha finalidad debe cumplirse también en las entidades locales, cuyo personal laboral debe, para acceder al empleo fijo, superar procesos selectivos que aseguren los criterios de igualdad, mérito y capacidad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55 EBEP (RCL 2015, 1695, 1838) , en relación con el art. 91 de la Ley*

7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372), reguladora de la Ley de Bases de Régimen Local y el art. 3.1.b de la Ley 2/2015, de 29 de abril (LG 2015, 110), del empleo público de Galicia. Conviene precisar, a estos efectos, que la utilización del contrato indefinido no fijo, constituye una fórmula útil para prevenir y sancionar los abusos en la contratación laboral fraudulenta, como es de ver en STJUE 3 de junio de 2021 (TJCE 2021, 127), C-726/19, en cuyo apartado 73 se concluyó que, "en este contexto, procede señalar que el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que no exista ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las Administraciones públicas en régimen de Derecho administrativo, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los "trabajadores indefinidos no fijos" podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el Acuerdo Marco (sentencia de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680, apartado 53). Consiguientemente, la figura del indefinido no fijo no contraviene la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE (LCEur 1999, 1692) del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el Trabajo de Duración Determinada, como defiende la recurrente."

La Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre el Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP (organizaciones interprofesionales de carácter general) sobre el trabajo de duración determinada, que es su ámbito de aplicación, tiene por objeto mejorar la calidad del trabajo y establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada. Para ello la cláusula 5ª establece:

"1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos



sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte sea necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:

- a) se considerarán "sucesivos";
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido."

El Estatuto Básico del Empleado Público, en el artículo 55.1 establece los principios de acceso al empleo público, que motivan los pronunciamientos jurisprudenciales que califican la relación laboral como indefinida no fija, que son los constitucionales (artículo 103) de igualdad, mérito y capacidad.

La sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 (asuntos C-103/18 y C-429/18), invocada en el recurso, en relación con la indemnización adicional a la declaración de relación laboral indefinida no fija, interesada en este caso resolvió: "En estas circunstancias, en la medida en que el Derecho español permita conceder a los miembros del personal estatutario temporal víctimas de la utilización abusiva de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente, corresponde a los juzgados remitentes determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar tal abuso.

106- Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la séptima cuestión prejudicial en el asunto C-103/18 y a las cuestiones prejudiciales segunda, tercera, cuarta, sexta y séptima en el asunto C-429/18 que la cláusula 5 del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional apreciar, con arreglo al conjunto de normas de su Derecho nacional aplicables, si la organización de procesos selectivos destinados a proveer definitivamente las plazas ocupadas con carácter provisional por empleados públicos nombrados en el marco de relaciones de servicio de duración determinada, la



*transformación de dichos empleados públicos en «indefinidos no fijos» y la concesión a estos empleados públicos de una indemnización equivalente a la abonada en caso de despido improcedente constituyen medidas adecuadas para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada o medidas legales equivalentes, a efectos de esa disposición.”*

La sentencia del TJUE de 11 de febrero de 2021 (C-760/2018) interpretó la Cláusula 5ª de la Directiva 1999/70 como disposiciones protectoras mínimas para evitar la precariedad de los asalariados, y la dictada por el mismo Tribunal el 3 de junio de 2021 (TJCE 2021/127, que alude a la anterior, entiende que la citada cláusula “*impone a los Estados miembros, a efectos de prevenir los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, la adopción efectiva y vinculante de por lo menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contemple medidas legales equivalentes*” y añade “*A este respecto, hay que recordar que, como ha subrayado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones, el Acuerdo Marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos por tiempo indefinido los contratos de trabajo de duración determinada. En efecto, la cláusula 5, apartado 2, del Acuerdo Marco deja en principio a los Estados miembros la facultad de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido. De ello resulta que el Acuerdo Marco no establece en qué condiciones se puede hacer uso de los contratos por tiempo indefinido (sentencia de 26 de noviembre de 2014 (TJCE 2014, 455), Mascolo y otros, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401, apartado 80 y jurisprudencia citada).*”

Como se ve, de la jurisprudencia que interpreta la normativa comunitaria, no resulta la calificación de la relación laboral como fijo, como pretende la recurrente, sino que exige que el Derecho Nacional adopte medidas para prevenir los abusos, admitiendo, entre otras, que dentro de los plazos exigidos, convoque procesos selectivos para la provisión definitiva de las plazas ocupadas provisionalmente por empleados públicos con una relación de servicios temporal

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 25 de noviembre de 2021 (rcud nº 2337/2020), dictada en Pleno, contempla el supuesto de un contrato por obra que fue declarado fraudulento, pretendiendo el trabajador que se declare la fijeza del mismo. Recoge y analiza los



pronunciamientos previos del mismo órgano que niegan que la participación en un proceso selectivo para la contratación temporal de una Administración pública, suponga adquirir la condición de fijo si se declara fraudulento el contrato, destacando las dictadas el 2 de julio de 2020 (r. 154/2018), el 30 de septiembre de 2020 (r. 112/2018) y el 26 de enero de 2021 (r. 71/2020) que argumentan que ese proceso selectivo no cumple con los principios generales de acceso a la función pública porque estuvo sometido a las bases de la convocatoria adaptadas a una contratación temporal con objetivos y fines propios que dan respuesta a situaciones de diversa índole que configuran una u otra relación de servicios divergentes; dice que existe una gran diferencia entre la convocatoria de un proceso de selección para la cobertura de una plaza fija y de una plaza temporal, que determina la decisión de concurrir o no y que el nivel de exigencia de los principios de mérito y capacidad también está condicionado por la naturaleza fija o temporal refiriéndose al artículo 11.3 del Estatuto Básico del Empleado Público que muestra diferencias esenciales entre ambos accesos.

Razona sobre la jurisprudencia europea: "El TJUE sostiene que dicha figura (relación laboral indefinida no fija) podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada (sentencias del TJUE de 14 de septiembre de 2016, Martínez Andrés y Castrejana López, C-184/15 (TJCE 2016, 110) y C-197/15, apartado 53 y 3 de junio de 2021 (TJCE 2021, 127), Imidra, C-726/19, apartado 49) y que la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco carece de efecto directo, por lo que no puede excluir la aplicación de una disposición de Derecho nacional que le sea contraria (sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021, Imidra, C-726/19 (TJCE 2021, 127), apartado 80). El derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el art. 23.2 de la Constitución, no es aplicable en los supuestos de contratación de personal laboral (sentencia del TC número 132/2005, de 23 mayo (RTC 2005, 132), F 2). Pero el acceso al empleo público conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad sí que está establecido en normas con rango de ley (disposición adicional 15ª.1 del ET (RCL 2015, 1654) y art. 55 y disposición adicional primera del EBEP (RCL 2015, 1695, 1838)). La mera superación de un proceso selectivo para la suscripción de un contrato de trabajo temporal no garantiza que se hayan cumplido dichos principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público exigidos por el Derecho nacional. En tal caso, la adquisición de la condición de trabajador fijo no dependería de que los méritos del empleado fueran superiores sino de la aleatoriedad de que en



PRINCIPADO DE  
ASTURIAS



su relación laboral concurriera alguna de las causas determinantes de que la relación laboral sea por tiempo indefinido. La condición de trabajador con un contrato de duración indefinida no fija puede deberse a diferentes causas: contratación temporal ilícita, superación del plazo máximo de duración del contrato de trabajo previsto en los arts. 15.1.a) y 15.5 del ET, duración inusualmente larga del contrato de interinidad por vacante. Conforme a la tesis de la parte actora, podría suceder que una Administración pública convocase un proceso selectivo para cubrir varios puestos de trabajo vacantes mediante contratos temporales, que los contratos de los trabajadores que obtuvieron mayor puntuación en el proceso selectivo se extinguieran lícitamente por la cobertura reglamentaria de las plazas que ocupaban porque tenían naturaleza temporal; mientras que el trabajador que obtuvo peor puntuación en el proceso selectivo, al ser destinado a un puesto de carácter estructural, adquiriría la condición de trabajador fijo de la Administración pública. Cuando la convocatoria se dirige a la provisión temporal de un puesto de trabajo, cuya duración prevista puede ser muy breve, se vulnerarían los principios de igualdad, mérito y capacidad si el mentado trabajador adquiriese la condición de fijo. "

Este mismo criterio se reiteró en otra sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2022(rcud nº 5070/18).

En el presente caso ni siquiera participó en un proceso selectivo para la contratación temporal en una plaza igual a la que fue contratada posteriormente; pero en todo caso al igual que en el caso resuelto, las exigencias de ambos procesos son distintas trasponiendo la doctrina jurisprudencial, sin que la jurisprudencia europea invocada exija la transformación en relación laboral fijo como una "sanción" adecuada a la conducta de la Administración, lo que lleva a la desestimación del primer motivo.

En este sentido ya se pronunció esta sala en los recursos nº 2077/2022 en el que el trabajador había participado en pruebas para la selección de personal para las bolsas de contratación, en el recurso nº 2215/2022 en el que el trabajador había participado en un proceso selectivo para la cobertura de una plaza fija en la que se analiza las diferencias con la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 16 de noviembre de 2021(rcud nº 3245/2019) por las previsiones del convenio colectivo de AENA que no existen en el convenio colectivo aplicable en ese caso ni tampoco en el del Ayuntamiento de Siero en el presente supuesto, y en la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2021(r. de suplicación nº 1863/2021).



**CUARTO.-** La recurrente articula una pretensión subsidiaria que es la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios derivados del fraude de ley que cifra en 6.250€ por aplicación analógica de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social con apoyo en la sentencia del TJUE de 19 de marzo de 2020 que dice incide en la insuficiencia de la sanción a la Administración con el reconocimiento de la relación laboral indefinida no fija. El objeto de indemnización es el perjuicio para la estabilidad familiar y personal al mantenerse la temporalidad de forma tan prolongada, en su desarrollo profesional y su derecho a la formación y movilidad al no poder participar en concursos de traslados, de movilidad o de promoción interna, no poder solicitar la excedencia o no poder formar parte de tribunales selectivos, por ejemplo, con un riesgo para su seguridad y salud por la ansiedad y preocupación que genera la temporalidad, además de la naturaleza de sanción.

Es una constante en nuestro derecho y en la doctrina que los daños morales y de cualquier otro tipo sin traducción económica automática no por eso dejan de existir y ser susceptibles de indemnización, a modo de instrumento compensador de los menoscabos que origina en la persona dañada. Al litigante que afirma la existencia del daño le corresponde ofrecer unas bases para su valoración dineraria, pero es el Juzgador de instancia el encargado de ajustar su decisión a tal regla y, dado que debe dar traducción económica a algo que como el daño moral no la tiene directamente, debe acudir inicialmente a módulos o criterios indirectos, aproximativos y convencionales.

Conforme con la jurisprudencia sobre el particular de la sala Primera del Tribunal Supremo, que ilustra la sentencia de 22 de febrero de 2001 (RJ 2001\2242):

La jurisprudencia comunitaria, entre la invocada por la recurrente, mantiene esta valoración sobre el derecho a la indemnización porque concluye que la concesión de la indemnización tiene por objeto compensar los efectos de la utilización abusiva de los contratos temporales y debe ser proporcionada, efectiva y disuasoria para garantizar la eficacia de la cláusula de la Directiva.

En relación al derecho a la indemnización vinculada con la vulneración de un derecho fundamental, que no es éste caso, la jurisprudencia sostiene que los daños morales van indisolublemente unidos a ella y deben flexibilizarse las exigencias formales para la determinación de la cuantía,



admitiendo como referencia el parámetro de la Ley de Infracciones y sanciones.

Pero en este caso no se trata de la vulneración de un derecho fundamental ni de la extinción del contrato, y la recurrente alega perjuicios que no se declaran probados porque nada consta en la sentencia de instancia, que es donde tuvo que valorarse, ni pretende introducir en el recurso ninguno de los daños que dice quiere compensar, e incluso en la fundamentación jurídica niega que haya existido tal al venir prestando servicios y percibiendo su retribución de forma legal y pacífica, y descarta como ya se analizó en la presente, la aplicación de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, argumentos no combatidos en el recurso.

Esta sala incluso cuando se declara la existencia de una vulneración de un derecho fundamental, negó el derecho a la indemnización por no fijar en la demanda las bases o parámetros para cuantificarla (sentencia de 13 de octubre de 2021(r. de suplicación nº 1797/2021)).

La sentencia referida de esta sala dictada el 23 de noviembre de 2021(r. nº 1863/2021) resolvió sobre idéntica cuestión desestimándola, manteniendo el mismo criterio(*"debiendo de tenerse en cuenta que la actora ha continuado con la vinculación laboral por su propio interés, ha podido durante tal periodo prolongado de tiempo preparar oposiciones, causar baja voluntaria y acceder a un trabajo en el sector privado, ha sido retribuida al igual que el personal laboral fijo de su categoría, teniendo reconocida la antigüedad correspondiente y la carrera profesional, no existiendo prueba alguna de haber sido objeto la misma por la empleadora de un trato peyorativo, ni discriminatorio por su condición de interina, ni que durante el periodo de prestación de servicios no haya tenido las mismas obligaciones y responsabilidades que los trabajadores fijos."*)

En relación con la indemnización entendida como una medida disuasoria impuesta para evitar el fraude en la contratación, el TJUE en la sentencia dictada el 19 de marzo de 2020(C-103/18 7 C-429/18) invocada en el recurso, reitera que la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco *"impone a los Estados miembros en su apartado 1 la adopción efectiva y vinculante de al menos una de las medidas que enumera cuando su Derecho interno no contenga medidas legales equivalentes..."* disponiendo éstos de un margen de apreciación, añadiendo que no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del Derecho interno que incumbe a los tribunales nacionales y que como ya se reprodujo, corresponde a los tribunales españoles



apreciar si la transformación de la relación temporal en indefinida no fija y el abono de la indemnización equivalente a la abonada en el caso de despido improcedente son medidas adecuadas para prevenir o sancionar los abusos en la contratación temporal, de forma que no impone acumulativamente la indemnización reclamada.

La sala de lo social de Extremadura, en la sentencia de 14 de octubre de 2022 (r. de suplicación nº 440/2022 ) negó este derecho y examinó otras sentencias del Tribunal de Justicia Europeo, razonando: *"-Las indemnizaciones a las que alude la jurisprudencia comunitaria en la sentencia invocada por la recurrente ( STJUE de 18 de marzo 2018, C-494/16, asunto Santoro) se refieren a un supuesto nacional concreto (italiano) en el que la normativa interna no prevé como sanción específica por el abuso de la temporalidad la transformación en indefinida o en indefinida no fija de la relación laboral sino una indemnización a tanto alzado (establecida por la ley) y además una indemnización para la reparación del perjuicio resultante de la pérdida de oportunidades de empleo de difícil prueba (establecida por su jurisprudencia). En cualquier caso la referida sentencia, ante las alegaciones de la existencia de otras medidas en el derecho italiano destinadas a prevenir y sancionar el recurso abusivo a contratos de duración determinada en el sector público, como son las contenidas en el parágrafo 52, concluye que "no se opone a una normativa nacional que, por una parte, no sanciona el uso abusivo por un empleador del sector público de sucesivos contratos de duración determinada mediante el pago al trabajador afectado de una indemnización destinada a compensar la no transformación de la relación laboral de duración determinada en una relación de trabajo por tiempo indefinido pero, por otra parte, prevé la concesión de una indemnización comprendida entre 2,5 y 12 mensualidades de la última retribución del trabajador, junto con la posibilidad que este tiene de obtener la reparación íntegra del daño demostrando, mediante presunción, la pérdida de oportunidades de encontrar un empleo o que, si se hubiera organizado un proceso selectivo de manera regular, lo habría superado, siempre que dicha normativa vaya acompañada de un mecanismo de sanciones efectivo y disuasorio, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente."* De ahí no cabe inferir que las indemnizaciones solicitadas en nuestro caso venga impuestas por la jurisprudencia comunitaria pues corresponde verificar la existencia de sanciones efectivas y disuasorias a la jurisdicción nacional habiéndose considerado por el Tribunal Supremo, en las sentencias arriba citadas, que la transformación en indefinida no fija de la relación laboral concertada al amparo de contratos temporales abusivos en el

*sector público, con todo lo que ello conlleva, es una sanción adecuada y, por lo tanto, una medida legal interna equivalente en los términos del apartado 1º de la cláusula 5ª del Acuerdo Marco que salvaguarda el efecto útil de la directiva.”*

La sala de lo social de Madrid (S. de 20 de julio de 2022, r. suplicación nº 486/2022) denegó el derecho a indemnización a pesar de haberse declarado la relación indefinida no fija, porque había celebrado un nuevo contrato y no existía despido ni derecho a la indemnización.

Las sentencias de esta sala dictadas 13 de noviembre de 2021 (r. de suplicación nº 1863/21) y el 7 de diciembre de 2021 (r. de suplicación nº 2141/2021) resolvieron sobre idéntica cuestión, tanto por el perjuicio sufrido como por sanción por la contratación fraudulenta, desestimándola, manteniendo el mismo criterio: “En cuanto a la indemnización a percibir por perjuicios y daños morales no al cese, sino con anterioridad (que es lo también pretendido por la demandante como adición se dice a la sanción de fijeza), debe señalarse que el perjuicio en una relación laboral indefinida no fija, como es la suya, se concreta por el cese en la misma, como consecuencia de la imposibilidad de acceder al empleo fijo en la Administración si no se efectúa dicho ingreso en los términos establecidos por la normativa aplicable, por medio de concurso público, con respecto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues el mismo no se produciría si la relación laboral no se extinguiera y continuase la prestación de servicios, o se accediese en la condición de fijo mediante unos sistemas de acceso extraordinario, por lo que ha de entenderse que la indemnización prevista en nuestro ordenamiento laboral para el despido improcedente, o en su caso para el despido objetivo es la adecuada en el sentido de cumplir con los objetivos de la Directiva 1999/70/CE. En todo caso, tiene razón la juzgadora de instancia cuando señala que la indemnización en cuantía de 18.000 euros pedida como compensación al abuso sufrido en la relación laboral sucesiva mantenida, y para reparar el daño moral y perjuicio sufrido derivado de la situación que viene padeciendo de abuso en la contratación temporal y de discriminación en sus condiciones de trabajo, no resulta mínimamente estar justificada, dadas las circunstancias, ya que la actora ha continuado con la vinculación laboral...”

No existe la previsión legal ni interna ni comunitaria, ni la interpretación jurisprudencial que una la indemnización a la declaración de la naturaleza indefinida no fija, por lo que no cabe entender que debe imponerse una sanción no tipificada. Incluso en el ámbito administrativo, se descarta



esta sanción dentro de la responsabilidad patrimonial de la Administración con el fin de sancionar comportamientos administrativos ilegales como una necesidad de prevención general o disuasión por esta vía indirecta.

Por todo lo dicho se desestima el recurso de suplicación, sin expresa imposición de las costas conforme con el artículo 235 de la LJS.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **F A L L A M O S**

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D<sup>a</sup> contra la sentencia del Juzgado de lo Social n° 5 de Oviedo, dictada el 26 de septiembre de 2022 en los autos n°944/2021 seguidos a su instancia contra AYUNTAMIENTO DE SIERO, sobre fijeza laboral, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

#### Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la misma en los términos de los artículos 221, 230.3 de la LRJS, y con los **apercibimientos** contenidos en esto y en los artículos 230.4, 5 y 6 de la misma Ley.

Pásense las actuaciones a la Sra. Letrada de la Administración de Justicia para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

